

論
説

日本の憲法状況と憲法学

横 田 耕 一

一 日本国憲法の現状とその背景

日本国憲法が施行されてすでに六三年が経過した。この間、憲法は一度も改正されていない。良し悪しはともかく、世界に現存する憲法において、このことはきわめて特異な現象である。大日本帝国憲法も一八九〇年に施行された後一九四七年まで一度も改正されない文字通り「不磨の大典」であったが、このあたりに日本人の法意識の特色を探ることができるかもしれない。

しかし、それはともかく、日本国憲法は制定当時に理解されていたその内容からすると、今日かなり様相を異にして展開している。いうまでもなくその典型は憲法九条であるが、人権条項、天皇条項についてもそのことは同様である。ある憲法が、時の変化と共に、制定時の理解と異なるような展開を遂げること自体は各国において通常であるから、ことさらそのことを言あげしなくてもいいようであるが、日本の場合にはその背景

に幾つかの問題が存在しているように思われる。そして、その問題の多くは現在においても必ずしも克服されていないため、憲法の運用に多大の影響を与えている。

その問題として考えられるものは、さしあたり、以下のようなことがらである。

第一に、日本国憲法は「主権の存する日本国民」が制定したことになるが、制定当時ここで言う「主権者国民」の存在は虚妄であり、したがって、実態として国民は「憲法制定権者」ではなかったことである。日本国憲法の原案作成者であり、憲法制定過程を統御したのは、連合国軍総司令部（GHQ）（ひいては極東委員会に示された戦勝国（連合国）であつたことは今や周知の事実である。原案作成過程での「憲法問題研究会」や野坂参三などの関わりを強調し、日本国憲法は日本人が作成したとする論が現在なぜか「護憲派」と呼ばれる人びとに歓迎されているが、実際にはそれらの意見は参照されたに過ぎず、実質的制定権者は連合国、とりわけGHQであつたことは否定できない。たしかに、制定当時の世論調査によれば、国民の大多数は憲法を歓迎しており、「押し付け憲法」であるとの意識は一部を除いて稀薄であつたが、だからといって国民が憲法を制定したとは到底言えない。そもそも、極東委員会の意向によって日本国憲法は大日本帝国憲法の「改正」の形で制定されたのであつて、上諭に示されているように形式的制定権者は天皇であるとの体裁がとられており、国民は憲法制定過程にほとんど関与しておらず（わずかに国民意思が示される機会であつた四十六年四月一〇日の衆議院選挙では憲法案の内容はまったく争点になつていない）、国民の総意を問う国民投票すら行われていないのである。したがって、国民の多くには日本国憲法を自分たちが作成したとの意識は無く、憲法に示された基本原則に対する確固たる信念も無く、極端に言えば、「教育勅語」を受取ったときと同様に、上からの有り難い御託宣として、学び身に着けるものとして受容したというのが実情であつた。それ故、国民には「制定権者であること」を追体験する課題が残されていたのである。近年まで、「日本国憲法の定着」の有

無が話題になってきたのはそのためである。果たして今日、国民は「制定権者」たり得ているのであろうか。

次に、本来ならば憲法の趣旨を解説し敷衍すべき存在である憲法学者の側にも問題があった。すなわち、憲法制定当時、美濃部達吉・宮沢俊義・佐々木惣一・清宮四郎など、有力な学識ある憲法学者は多数存在していたが、いかんせん彼らの主たる研究対象国は大日本帝国憲法の背景にあったドイツであり、たかだか同じく大陸法国であるフランスが視野の中に入っている状況であったと言える。したがって、日本国憲法原案作成者であるGHQ担当者が基盤としている米法（英米法）に詳しい有力憲法学者はほとんど皆無であり、わずかに高柳賢三などの英米法研究者が居たに過ぎなかった。そして、英米法研究者は、当時、日本国憲法の解説に携わることはまずなかった。この状態は、米法にも詳しい鵜飼信成（『憲法』（岩波書店）五四年刊行）などを除いて、六〇年代に芦部信喜による憲法訴訟論が登場し若手憲法学者による米判例研究が隆盛となるまでの一般的な学界状況であった。そのため、五〇年代末からの憲法調査会会長であった高柳が指摘したように、「米流の日本国憲法をドイツ流に読んでいる」といった趣があったのである。高柳は九条解釈を問題にしたのだが、私見では「法曹一元制」がないままでの下級裁判所裁判官の再任制（八十条）の運用に端的にその面が現れており、特に三一条以下の「人身の自由」諸規定の解釈・運用にもその点は顕著である。

右の問題はひとり学界状況にとどまらず、法曹界においても同様であった。たとえば、裁判官、特に判例を形成しリードするべき最高裁判所裁判官においてそれは顕著であった。判例形成期である初期の最高裁において、英米法の素養のある裁判官が存在しないのは学界状況からしても当然であったが、今日まで日本では五十代後半以上の年齢の者が最高裁判官に任命されるのが通例であるため、大学教育において英米法的思考の洗礼をまがりなりにも受けた最高裁判官の登場は八〇年代後半まで待つ必要があった（もとより、裁判官に任官後など、大学卒業後に米国に留学するなどして英米法に習熟した者が存在する可能性はあり、その点は留保

するがおそらくそれは少数である。より問題なのは、判例形成期の初期にあつては、裁判官の公職追放が行われなかったためであつて、大日本帝国憲法下で治安維持法など民衆弾圧法の運用に携わつた者が、最高裁判官として日本国憲法の判例形成に預かつたことであろう。したがつて、最高裁判例には、ほぼ今日まで、大日本帝国憲法的思考（ドイツ的、国権的）が顕著であり、結果として人権保障に欠ける点が多い。

第四に、実質的憲法制定権者であつたGHQ（米国）が、憲法制定後、日を置かずして離憲法的・反憲法的立場に転じたことは日本国憲法の展開にとつて致命的な影響をもたらした。憲法施行前後から本格化した米ソ冷戦（特に中華人民共和国成立）によつて米国の対日政策には根本的変更が行われ、「日本弱体化」は「反共の砦としての日本再生」にとつて代えられた。それは、日本国憲法の理念とする「民主化徹底・非軍国主義化」から「反共民主化・再軍備」へ転じることを意味した。こうして日本国憲法は施行直後に最大の後ろ盾を失つた。そして、もともと本音において日本国憲法に批判的であつた自由党などの保守政党やそれが掌握した日本政府は、米国の変換された政策に棹差すとともに、あわよくば大日本帝国憲法の復活を願うことになった。したがつて、サンフランシスコ講和条約による日本の独立直後から憲法改正案が次々と提起されることになり、「五五年体制」で九〇年代まで政権を掌握した自民党は、その「政綱」に「自主憲法の制定」を掲げて結党したように、今日まで一貫して日本国憲法（九条に限られない）に敵対的であり続けているのである。一国の憲法の支持者はその時期の支配層であり支配政党であるのが歴史的には通例であるのだが、後に述べるごとく憲法改正の試みが失敗してきたために日本では「ねじれ」が生じ、本来最強の憲法保護者であるべき支配政党が反憲法的立場にたつている（この状況は民主党への政権交代にあつても同様である）。この状況の下では、当初の憲法理念が実現される余地はない。

こうした状況においては、逆に、社会党などの野党が「護憲」の立場をとることになった。しかし、社会党

や共産党などの野党といえども必ずしも真の「護憲政党」と言えるものではなかった。すなわち、たしかにこれら政党は自民党の主導する憲法改正の動きには反対したが、九条問題に典型的に示されているように、それは日本国憲法の理念や条項に全面的に賛成していたからではなく、制憲議会において唯一憲法反対の票を投じた共産党はもとより、「護憲政党」を標榜した社会党にあっても、それは反米・反資本主義という立場からのものであるに過ぎなかった（この点については拙稿『「護憲」政党Ⅱ社会党の「変節」』法律時報六六卷六号参照）。それゆえ、「社会主義陣営」崩壊後の九〇年代、社会党（ひいては社民党）の護憲論が混迷を極めることになったのは不思議ではない。

しかし、そうした政党とは別に、「護憲運動」を担う国民が存在し、これまで改憲を封じてきたことは事実である。また、これら国民において、日本国憲法の理念に基本的に共感し、それを自らの信念としてきた人びとが多いことも事実である。けれども、ここで詳しく論じることが避けるが、「護憲運動」に携わる人びとに問題や弱点がなかった訳ではない。九条理解はともかく、その他の憲法条項の理解において「護憲運動」の一部に致命的な欠陥があり、むしろ憲法の理念に反している立場にあることに鈍感であることは、現在においても「護憲運動」の多くの場で文部省が一九四七年に作成し五二年まで中学一年で使用された『あたらしい憲法のはなし』なる本が高く評価され、無批判的に印刷・復刻され販売されていることに表れている（この本は一読すれば、九条部分を除く全体を通して、憲法学者の多くが通常理解している憲法の理解と異なるばかりか背反的であることが明らかである）。

そして、最後に以上の諸問題を通じて深刻な問題として提起されるのは、はたして日本国憲法に示される理念、そしてその背景にある西欧的秩序観や価値観が、日本において歴史的に形成されてきた秩序観や価値観に合致するのか、合致しない場合に後者を捨てて前者をとることは妥当か、妥当であったとしてもそれは可能か、

という問題である。たとえばこの問題は今日「人権」の理解をめぐって議論されているところでもある。当初述べたように、日本国憲法は日本国民が内在的欲求として制定したものではないだけに、これは今後も問われ続ける問題であろう。

二 憲法改正について

日本国憲法の制定当時の理解と現状が乖離している状況、とくに「非武装・非武力行使」を定めたとされていたにも拘らず自衛隊や日米安保条約が存在することなどから、九条を中心として憲法改正の動きが絶えなかったが、現在、国際協力の全面展開からの必要性、米国との協力関係の強化の重要性などから、民主党・自民党の二大政党は憲法改正を提起しており、その実現可能性は従来になく高まっている。その動きに対して共産党や社民党などの一部政党が反対するとともに、「九条の会」などが護憲のために活動している。ここでは具体的改憲内容はさておき、民主党・自民党がいずれも現行の憲法改正手続を改正によって緩和しようとしていることについて、若干の基本的視点を提起しておきたい。

先にもふれたように、いずれの国においても、憲法施行以後の時の経過によって憲法が想定していた状況や前提が変わることは通例であり、各憲法にはその事態に対応することが要請されている。革命やクーデターによる状況の根本的変革に対しては新憲法の制定といった形をとることがあるが、そうした過程を経ない国家においては現行憲法がそれなりの対応をすることになる。その対応がこれまでの憲法解釈を変更することによって可能と一般的に理解され支持される場合には、それは憲法解釈の変更という形で処理される（プライバシー権の容認など）。しかし、憲法解釈の変更によっては到底無理と考えられる場合には、憲法の「改正」が提起され、

憲法規定の明文が変更されることになる。それが「解釈の変更」によって可能か、「改正」によらなければならない場合は、現在の「集団的自衛権」論争に見られるようにそれ自体論争の的になるが、ここでは「改正」に限定して論じる。

日本国憲法の改正手続（九六条）は通常法律改正手続（五九条）よりも厳格な手続を要求しており、そのため日本国憲法は「硬性憲法」と分類されている。しかし、最高法規として憲法典を持つ国ではほとんどすべてその意味での「硬性憲法」であり、あえて日本国憲法をそう分類する意味はあまりない。問題はその「硬さ」である。

憲法改正手続があまりに厳格すぎて、實際上、憲法改正が困難な場合には、国民が一般的に容認する現実の変化に憲法が追いつかなくなるため、その結果として憲法は軽視され、無視されることになりがちである。逆にあまりに容易に憲法改正が可能な場合には、憲法はしばしば変更されることになり、最高法規としての憲法の権威は失墜し軽視されることになる。したがって、憲法改正手続には適度の「硬さ」が要請されるが、その適度の「硬さ」を見定めることは容易でなく、またそこでは各国の歴史的・現実的状况が考慮される必要がある。

そうしたとき、日本国憲法は比較的にかなりの「硬さ」を要請している（各議院の総議員の三分の二以上の賛成で国会が発議し、国民投票の過半数の賛成）。このことから、これまで改憲を意図してきた自民党などからは、この規定は実際上改正をほとんど不可能にするものであるとの批判が絶えず、これまで日本国憲法が一度も改正されなかったことがその証左とされてきた。そのため、現在提起されている自民党および民主党の改憲案では「硬さ」を緩和しようとしているのである。しかし、より緩和することは是非はともかく、日本国憲法の「硬さ」が実質的に憲法改正を不可能にしているという点には疑問の余地が大きい。なぜなら、アメリカ

合衆国憲法の改正手続は同程度の「硬さ」を要請しているものの（両議院の三分の二以上の賛成による発議と四分の三以上の州の賛成）、憲法制定以後二七の条項を改正を経て加えており、日本国憲法施行以後でも六度の改正を経験しているからである。したがって、日本国憲法の「硬さ」が諸外国に比して異様であるというのは一種の為にする議論であり、憲法が改正されなかったのは国民の賛意が熟していなかったからに過ぎないと言える。

しかし、このことは日本国憲法を改正する必要はまったく無いということではない。少なくとも誰もが認める間違ひも存在する（七条四号「国会議員の総選挙の施行」）。また、公の支配に属さない教育事業（例えば私立学校）への公金支出を禁じた規定（八九条）などは、現実の事情にまったく合致しないことが一般的に認められるところであって、改正が妥当な規定であろう。したがって、あらゆる憲法改正に反対するといった主張は妥当でなく、同様にマスメディアが世論調査で行う「あなたは憲法改正に賛成ですか、反対ですか」といった設問は、改憲に世論を誘導するためにのみ行われる愚問でしかない。改めて述べるまでもなく、問われるべき事は具体的な条項・事柄についてである。

現在、改憲の焦点になっているのは九条であるが、九条改正問題は、九条改正の是非は置くとして、日本国憲法に大きな「不幸」をもたらしたと言える。そもそも五〇年代初めに始まる九条改正論は、九条が自衛を含むいっさいの武力行使を禁じ、いっさいの戦力を放棄しているとの理解から出発し、日本を取り巻く厳しい現実の状況認識から生まれたものであった。したがって、その改正論は、賛否はともかく、改正論としては真つ当なものであった。ところが、九条改正に賛成する議員が各議院で三分の二以上を確保できなかったために政権党・政府がとった方策が進行する現実を承認するように解釈を変更する「解釈改憲」であった。九条の文意を無視するように無理に繰り返された「解釈改憲」は、国民の憲法に対する不信感を生むとともに、政治の現

実の必要性がまかり通る規範無視の政治を生んでいる。そこでは、権力受託者は憲法規範に従うことによってのみその権力行使の正当性が認められるという、立憲主義の大前提が崩壊している。

三 憲法学界の状況

1 憲法解釈学

こうした日本国憲法の現状があるとき、憲法を学として考究する憲法学界はどういう状況にあるのか。

憲法学も方法論からみて法学の一分野として位置づけられてきた。したがって、他の実定法学が一般的にそうであるように、日本国憲法制定後の憲法学は憲法「解釈学」を主軸として展開してきた。もともと、ドイツ法学からの影響を受けた大日本帝国憲法時代の憲法学の貴重な遺産を受け継いで、「国法学」と通常呼ばれる研究分野を、「憲法基礎理論」などと呼称を变じることがあっても、地道に考究し続けてきたことは強調しておかねばならない。「憲法制定権力論」「主権論」「憲法変遷論」「統治行為論」「司法権論」「人権論」などは現在でも論争の続く重要な憲法学の研究対象である。ただ、これらの理論が日本国憲法が下敷きになっている英米法的思考とどのように接合するか（こうした論の多くは英米憲法学ではおよそ問題とされない）、論題によってはかなり微妙な点があり、壮大な「虚論」に終わる可能性もあるように思われる。

ともあれ、憲法を解釈し敷衍する憲法解釈学（通常の判例研究を含め）が今日まで一貫して憲法学者の主要な仕事であったと言える。法学研究者にはほぼ常識に属することではあるが、一部の例外となる規定をのぞいて、あらゆる規定には複数の解釈が可能である。解釈者は、それぞれ、一定の体系・価値観・解釈方法論など

を前提として解釈を行う。解釈者によっては自らの解釈結果を「唯一の正しい解釈」と標榜する場合があるが（かつての「京大系憲法学者」、例えば一円一億・田畑忍などはそう主張した）、他の観点に立つ解釈者からすればそれは解釈者の「独断」に過ぎない場合がほとんどである。もとより、明らかな誤読や論理的不整合性があったり他の規定と明確に矛盾する解釈は「間違った解釈」とは言えるが、それを排除した結果として「正しい唯一の解釈」などが生まれる筈のものではないし、齋戒沐浴した後の明窓浄机の下で「正しい唯一の解釈」がひねり出せる態のものでもない。したがって、法規定には複数の「間違っているとは言えない」解釈が存在することになる。そして、それら解釈のうちあるものが、「妥当なもの」として政府機関によって採用され通説となったり、裁判所の判例とされたりするのである。その場合でも、政府機関や裁判所が「妥当なもの」とする解釈が、他の解釈者にとって、あるいは客観的に「妥当なもの」とはただちには言えない。それゆえ、他の解釈者は自らの解釈を「妥当なもの」として認めさせるよう半永久的な解釈活動を続けることになる。「法解釈学」とはこういう作業であるが、民法や刑法などの実定法に比較してはるかに条文規定が曖昧、漠然としている憲法規定を対象とする憲法解釈学にあつては、一つの規定をめぐってさまざまな解釈が可能であり、極端に言えばあらゆる「間違っているとは言えない」解釈が可能である。たとえば、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」（十九条）という規定からは、現にそうであるように、無数の解釈・敷衍が可能である。同様に、「自衛隊は違憲である」とか「自衛権は認められている」といった解釈も、ありうる一つの解釈であつて、「自衛隊は合憲である」とか「自衛権も否定している」との論が誤った解釈であるとは言えないのである。

こうしてみると、憲法学が主たる課題としてきた憲法解釈学はきわめて不確かで不安定な学問であるとも言える。そこで一部の憲法学者は解釈にあたりより確かな立脚点を求めようとしてきた。たとえば、憲法を制定

した当時の制定者の解釈をもって憲法解釈とする立場をとり、立法者の解釈を探索しそれを物差しとする者もいる（立法者意思説）。これに対しては、制憲当時と事情は常に大きく変化しているからこの立場は「生きた憲法」理解にならないばかりか、そもそも複数の立法者の意思を確定することが可能か（特に日本国憲法の場合）との批判が寄せられている。また、マルクス主義の影響が強かったときには、歴史の進行方向に合致した解釈こそが「科学的に正しい解釈」であるとする立場もある程度の支持を得ていた。しかし、「歴史の進行方向」がなんであるか一義的に決定できるか、そもそも「歴史の進行方向」などといったものがあるのかという批判がなされてきた。そして、こうした一義的解釈を求める傾向は現在では少なくなっており、有権的に存在する憲法を判例分析を通じて明らかにすることに努力を傾注する立場などが現れている。

以上のように考えてみると、大学等で現実に使用されている『憲法』などと銘打った教科書の多くの位置づけが問題となってくる。ほとんどの教科書は執筆者の独自の解釈を中心に書かれており、そこでは現にある政府等による有権解釈は添え物に過ぎず、判例はもっぱら自説を強化する証拠としてか、自説に反する批判の対象として取り上げられているかに過ぎない。したがって、『憲法』なる教科書を読んでも、日本の「現にある憲法」はほとんど明らかにならず、ある場合には自説を強調することによって読者に誤解を招く権利認識・情報（公務員のスト権禁止は違憲といった）を招く危険性がある。ここでは教科書方法論、ひいては憲法教育方法論が提起される必要があるように思われる。

最後に、憲法学者は誰を相手として憲法解釈を行うべきかという憲法解釈の名宛人の問題が提起されているので一言付加する。名宛人は学者を含む「法曹共同体」であるとする論が現在では有力であるようだ。たしかに、自説を「独自の説」で終わらせないためには、日本における最終の有権解釈者である最高裁判所に自説を採用させることが必要である。そのためには、過去の判例や裁判所独自の論理展開等をふまえた、裁判所が採用す

るような論理構成が不可欠である。裁判所の発想とかけ離れているような論は、いかに面白く、妥当な結論を導くとしても、裁判所が採用することはまずなからう。また、検察官や弁護士といった法的専門家に受け入れられないような論は、裁判所も採用することはなからう。その意味で、名宛人を法曹共同体とすることは当然である。しかし、法曹共同体の法意識は法曹を取り巻く社会の法意識によって影響を受けるし、ある場合にはこれまでの法解釈や法常識に変更を余儀なくされることもある。そして社会の法意識や社会の法解釈にある程度の影響を与えるのは学者の法解釈である。したがって、自説を裁判所に採用させるにあたって世論の果たす役割はそれなりに大きいと言わなければならない。その意味で、世論を変えたり社会運動に理論的根拠を提供したりする学者の役割も軽視すべきではない。解釈の名宛人を法曹共同体と設定し、その結果、憲法学を考究する者の任務を社会運動や人びとの動きからともすれば遮断する近年の傾向には、賛成できない。

2 憲法学さまざま

憲法解釈学という足元の不確かな分野に対して、より安定的かつ確かさがあるように思われる分野の考究を憲法学が進めている現実がある点に鑑み、他分野の法学や他系統の学問を専攻する学兄姉のために、私見により簡単にそれを整理・紹介する。

先にふれたように、ドイツ国法学の伝統をふまえて、憲法の基礎にある原理を確立しようとする「憲法原理論」が一貫して考究されている。その問題点は先に述べた。

近年では欧米の社会哲学の批判的受容を通して、「立憲主義憲法学」を構築しようとする傾向が有力である。そこでは、ロールズ、ドウオーキン、ラズといった欧米学者の理論が参照される。この結果、ある程度きれいな立憲主義憲法像が描かれ問題の整理に貢献するが、各欧米論者に対する一般的批判が提起されることに加え

て、ともすれば論者の憲法像に合せて恣意的に日本国憲法像を構築する傾向があり、本来に日本国憲法と整合性がとれているか、といった疑問が生じる。

また、現にある憲法現象を科学的に把握しようとする「科学としての憲法学」がある。法社会学で探求された手法でそれを行う者もあるが、一時期はマルクス主義に基づく分析と実践がそれであると主張された。「妥当な憲法解釈」を行うためにはある程度確かな現実社会や歴史の認識が不可欠であるから、「客観的」認識に基づく憲法把握に対する欲求が生まれるのは当然であるが、その成果として、図式的・画的現状認識が提起されたり、政治・社会現象の表層をなぞった「評論憲法学」と批判される状況があつたりしてきたことも事実である。現在は、「科学としての憲法学」の再構築も主張されている。ただ、「科学としての憲法学」による憲法学的現状分析が、政治学や社会学と方法的にどう異なるかが（別に同じであつてもいいが）問題として提起できよう。

他方、日本社会の現実分析をふまえて、具体的憲法政策を提言しようとする「憲法政策学」が提唱されている。その可能性・有益性は充分に認められるが、九条をめぐる問題においてしばしば示されたように、下手をするると一種の「素人論議」に堕し、政策担当者からははなから無視されることにもなりかねない。本来規範を軸として考究を行ってきた憲法学が、政治学等と異なる切り口でどういう形で政策提言が学問的に可能か、慎重に検討することが必要であろう。

これらと異なり、七〇年代から隆盛を極め、法科大学院の設置も相俟って、今日憲法学の花形のようになってるのが「憲法訴訟論」である。解釈論中心、解釈論の名宛人を法曹共同体とする理解のもとにおいては、裁判所に採用される論理を厳密な判例分析や手続論を精緻化することによって構築しようとする論が隆盛になるのは必然的であり、またそれは不可欠である。しかし、その出自からして憲法訴訟論は米最高裁の判例を分

析しそれを日本の裁判所でも援用する形で展開されてきたのであるが、憲法訴訟論の洗礼を受けた裁判官が登場する最近まで、裁判所（特に最高裁判所）には英米法的な「判例」認識は稀薄であり、「審査基準」を判断道具として使う状況は見られなかった。このため、学者の方には研究成果の積み重ねがほとんど生かされないという徒労感のみが残り、無力感が漂う局面も見られる。また、学者の方でも、必ずしも米最高裁判例を意識したものではない日本の最高裁判例を「米判例」の眼鏡で読むといった事例もまま見られるところである（薬事法違憲判決など）。ただし、近年はドイツの憲法裁判所判例の憲法訴訟論的紹介が進んでおり、法科大学院での教育を通じてたりすることによって、日本に適合的な憲法訴訟論が構築され、日本の裁判所に影響を与えることが期待される。

3 国家観の変貌

近年の憲法学界における注意すべき最大の変貌は、これまでの憲法学者と異なる国家観を現役の有力な憲法学者が持つようになったことであろう。

従来の憲法学者の多くが「立憲主義憲法」として理解するところでは、「憲法」は基本的に、権力行使を国民によって信託された国家を、その権力が信託された範囲内でのみ行使され、濫用され国民の人権が制限されることのないように、国家を縛る規範であった。ここにおいては国家は国民とは敵対的関係ないし緊張関係にあるものとして把握され、国家は人権（自由権）の潜在的な敵対者であった。六〇年代末に九州大学の井上正治が「警察は大学の敵だ！」と述べて大方の批判を浴びたことがあったが、当時の憲法理解にあつてはこれは当然のことをやや乱暴に述べたに過ぎず、実際、当時は大学の承認がない限り安易に大学構内に警官は足を踏み入れることはできなかったのである。また、付言すれば、当時の憲法学者は自らの現実生活において（デモ

規制や研究室捜査など）、国家の「暴力」と日常的に向かいあっていたので、国家との緊張関係は日常的経験でもあったのである。

しかし、いまや学者を取り巻く状況は一変した。生活擁護や社会保障の充実が求められ、「安心・安全」が重視される環境の下では、国家は人権の潜在的敵対者としてではなく人権擁護者として現れる。そして、共同体に対するテロなどの敵対者に対しては国民は国家と協力して共に対抗する存在として位置づけられるとともに、裁判員制度のように国民は国家機能に吸収され国家と国民と想定されるため、国民と国家の間の緊張関係は稀薄となる。かくして当初の「人権擁護法案」に顕著であったように、人権問題は国家と国民の間の問題としてよりは国民相互間の問題が重要とされることにもなる。憲法的には「戦う民主主義」をとり、「抵抗権」を「合憲的秩序を排除する何人に対しても」行使する権利として憲法に取り込んだ（二〇条四項）ドイツ連邦共和国基本法にその姿勢は先駆的に示されていたが、ドイツ憲法学の展開を受けて日本では現在「保護義務論」「私人間効力肯定論」などとして国家と国民の緊張関係を軽視する論が有力に論じられるようになっていく。行政法学においても大原則であった「警察消極主義の原則」は「積極主義」にとって代られようとしている。この結果、従来の「立憲主義憲法」原則の見直しの必要も憲法学者の一部で強調されるようになっていく。もつともこうした観点は、政治の世界ではかねてより主張されてきたことでもあり、今やそれは自民党改憲案・民主党改憲案の中では、国家敵視論を克服した国家・国民協同論として、そして国民の憲法尊重擁護義務を明記することで国家に対する憲法の緊縛を相対化し憲法の意義を根本的に変革する論として現実化している。かくして、憲法学は、いま、その基盤が問われているのである。

四 おわりに…「憲法教育」との関連で

これまでの記述からおのずから明らかなように、憲法条文をいくら凝視し暗記したとしても、それは憲法を学習したことにはならない。また、判例の論旨を解説を頼りに理解するだけでは憲法を理解したとは言えない。憲法規定をどのように解釈・理解するにせよ、なぜそうした規定が置かれているのか、現実とその規定がどのような役割を果たしているかなどの考察なしには、少なくとも自分にとっても「妥当な解釈」は行い得ない。したがって、「憲法を読む」ためには、「歴史を読む」「現実を読む」(小林直樹『憲法を読む』(岩波新書))ことが不可欠である。その他の実定法についてもそれは同様であろうから、法学学習には少なくとも歴史学習や現実の社会認識が前提であり、それを欠いた学習は無味乾燥なものとなり、後に何の痕跡も残さないものとなるであろう。

(本稿は二〇一〇年二月九日、法学部での報告を再編整理したものである。法学専攻以外の教員も出席されていたため法学専攻者には unnecessary 論述があること、また、注釈は膨大になるためと報告の性格から省略したことをお断りする。)